

عقد البوت بين القانون الخاص والقانون العام واثره على استقطاب الاستثمارات بحث مقارن

د. ناصر خليل جلال

أستاذ القانون المدني المساعد – رئيس قسم القانون

كلية القانون والسياسة – جامعة صلاح الدين – العراق

المقدمة:

يعد عقد البوت (BOT) والذي يعني البناء والتشغيل ونقل الملكية (Build Operate Transfer) من العقود الحديثة نسبيا، حيث يعهد بموجبه الحكومة انشاء احد المرافق العامة أو مشاريع البنية التحتية الى شخص من اشخاص القانون الخاص والذي يقوم بتشغيله لفترة زمنية معينة وفي نهايتها يقوم بنقل ملكية تلك المشاريع والمؤسسات الى الدولة. لكل ذلك يمكن القول بان عقد البوت يعتبر من العقود الاستثمارية التي يعتمد فيها الدولة على رؤوس الاموال الخاصة في انشاء المشاريع الاستراتيجية. وقد ظهر أول تطبيق لهذا العقد في انشاء قناة السويس[١] ومع ذلك فقد ازداد تطبيقاته بحلة جديدة منذ الثمانينيات من القرن المنصرم من قبل بعض الدول التي كانت لديها رغبة كبيرة في استقطاب

---

(١) Michael Samir Azer, Yasmin Mamdouh Abou Samra, Mohamed A. Abubakr, Jenna Brummett, Robert G. Rayburn, Build-Operate-Transfer (BOT) As A Delivery Method for Construction Projects in Egypt and the United States of America November 10, 2006 p. 3. available on internet at: cmarc.colostate.edu/ep06/Project%20documents/BOT.doc



الاستثمارات بصورة عامة والاجنبية منها خاصة. كتركيا والفلبين والصين وغيرها من دول شرق اسيا وفي الآونة الاخيرة نلاحظ توجه الدول الخليجية وبعض الدول العربية الاخرى الى تبني هذا النمط من العقود(١) لانشاء مشاريع البنى التحتية.

تهدف معظم الدول وخاصة تلك التي في طور النمو (دول العالم الثالث) الى استقطاب وتشجيع الاستثمارات في مجالات المشاريع الاستراتيجة وذلك كي لاتتحمل ميزانيتها اعباء اضافية وتوجه الاغلب منها الى اعطاء الفرصة والدور للقطاع الخاص وانجع السبل في هذا الخصوص يتمثل في عقود البوت. فانشاء محطات توليد الطاقة الكهربائية ومحطات تصفية وتنقية المياه ومصافي المشتقات النفطية وانشاء المطارات ومترو الانفاق ومشابهها من المشروعات ذات الاهمية الاقتصادية يمكن تاسيسها بواسطتها. ونرى بان اللجوء الى هذا النمط من العقود الاستثمارية ستتزايد في الاعوام القادمة خصوصا بعد الازمة الاقتصادية التي تعصف العالم والتي اثرت على ميزانيتها بشكل كبير. مما جعلت من بعض الدول تعيد النظر في ميزانياتها وتعدل وتلغي بعض الفقرات منها. فعلى سبيل المثال العراق الذي يعتمد في دخله على تصدير النفط الخام فان انخفاض اسعاره نتيجة الازمة الاقتصادية الحالية ستؤدي بالتأكيد الى قلة الموارد المالية وهذا بالفعل ما دعى به الى اعادته النظر في ميزانيتها لعام ٢٠٠٩ وقد نالت الفقرة الاستثمارية في هذه الميزانية حصة الاسد بالنسبة للتخفيضات بالرغم من الحاجة الملحة لهذه

(١) لقد قامت بعض الدول الأخرى بانشاء المطارات أو تحويلها الى القطاع الخاص عن طريق عقود البوت. ومن بين هذه الدول الولايات المتحدة الامريكية، النمسا، الدنمارك، المانيا، وبعض دول امريكا اللاتينية. للمزيد.
Michael Samir Azer, Yasmin Mamdouh Abou Samra, Mohamed A. Abubakr, Jenna Brummett, Robert G. Rayburn, Op. Cit. P. 9; Sameer Al-Mubarak, Build, Operate and Transfer (BOT) Project Delivery System in Saudi, Arabia December 2003 p. 4. available on internet at: faculty.kfupm.edu.sa/CEM/assaf/Students_Reports/Build,-Operate-and-Transfer_2.pdf

الفقرة خصوصا في اعادة تأهيل المرافق التي تضررت من جراء الحروب المتكررة وبالتحديد الحرب الاخيرة و كذلك الحاجة الماسة الى استحداث مرافق اخرى جديدة.

إن كون عقد البوت من أهم الادوات أو الوسائل القانونية خصوصا في جذب الاستثمارات تُحَتِم على أية دولة تريد نجاح برامجها الاستثمارية عن طريق هذا العقد دراسة انواع هذا العقد والنظام القانوني الذي سيخضع له وهل تنوي اعتباره من العقود التي تخضع لقوانين الاستثمار أم عقود الاشغال العامة أو عقود امتياز المرافق العامة (العقود الإدارية) ام ترغب بتنظيمها بشكل مستقل أم أنها تريد تغليب الصفة العقدية والاعتداد بارادة الأطراف وجعلها من عقود القانون الخاص. فتحديد هذه الامور تنور الطريق امام الدولة وكذلك المستثمرين فكلما كانت هذه الامور اكثر مرونة ووضوحا كانت مدعاة لاستجابة وتهافت المستثمرين على اقامة المشروعات في تلك الدولة، وبالتالي ازدهار الاقتصاد الوطني لذلك البلد.

أهمية البحث:

يتاتى أهمية البحث في بيان النظام القانوني الذي يخضع له احد العقود المأخوذ بها في اقتصاديات الدول التي في قيد التطور وسبل وكيفية تنظيمها بشكل يخدم الخطط الاستثمارية للدولة في انشاء البنية التحتية. والتي ستؤدي في المحصلة النهائية الى استفادة المواطنين منها.

فرضية البحث:

يكمن فرضية البحث في كون عقد البوت من العقود الاستثمارية، وأنه من وسائل جذب الاستثمارات الداخلية واستقطاب الاستثمارات الاجنبية خصوصا اذا ما اعتبر هذا العقد من عقود القانون الخاص فاعتباره هكذا يعد في نفس الوقت



احد اهم الضمانات والحوافز في سبيل تشجيع الاستثمار.

نطاق البحث:

بناء على فرضية البحث فان نطاقه سينحصر في بيان كون عقد البوت من عقود القانون العام وبالتحديد من العقود الإدارية أو من عقود القانون الخاص. وكل ذلك هو جزء من الطبيعة القانونية لهذا العقد لذا نستبعد من البحث دراسة طبيعة هذا العقد بشكل تفصيلي بل يتم التركيز على النقطة السالفة الذكر. وهذا ما يستوجب دراسة الموضوع في ثلاثة مباحث نخصص الاولى للتعريف بعقد البوت وبيان خصائصه ومميزاته. أما المبحث الثاني فسنخصصه للبحث عن عد عقد البوت من عقود القانون الخاص أو القانون العام. وفي المبحث الثالث والأخير فسيجري البحث عن الاثار القانونية المترتبة على اعتبار البوت من عقود القانون الخاص أو العام وواقع الأمر بالنسبة للقانون العراقي.

المبحث الأول

التعريف بعقد البوت خصائصه ومزاياه

سيجري الحديث في هذا المبحث عن التعريف بعقد لبوت وبيان خصائصه ومزايا هذا العقد الذي تبرمه الإدارة.

المطلب الأول

التعريف بعقد البوت

يتمثل احد اطراف عقد البوت بالحكومة (الإدارة) والتي تقوم فيها بمنح من يرغب بالاستثمار في مشاريع البنية التحتية أو المرافق العامة من الأفراد أو الشركات الخاصة فرصة اقامة مشروع ما والذي يتحمل أعباء شراء وتزويد

المشروع بالآلات والمعدات والتكنولوجيا المتقدمة، إلى جانب النفقات التشغيلية[١]، وذلك مقابل حصول المستثمر على ايرادات تشغيل المشروع خلال فترة معينة تتراوح في العادة ما بين ٢٠ إلى ٥٠ عاما، وقد تزيد على ذلك حسب نوع العقد والنشاط وفقا لتقديرات الدولة ومراعاة المصلحة العامة وبعد انتهاء المدة فإن المشروع يتحول بكل أصوله المنقولة والثابتة إلى الدولة، أو يجدد عقد التأجير للمستثمر.

نظرا للحداثة النسبية لعقد البوت يلاحظ بان البحوث والمؤلفات القانونية ليست متفقة بشأن تعريف محدد بصدده لذا نرى من الاهمية بمكان الاعراج على البعض من هذه التعاريف. حيث عرفته منظمة اليونيدو unido (منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية) بانه "اتفاق تعاقدي يتولى احد اشخاص القطاع الخاص انشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك التصميم والتمويل والقيام باعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط الا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الاموال التي استثمرها، ومصاريف التغشيل والصيانة، بالاضافة الى عائد مناسب على الاستثمار. وفي نهاية المدة الزمنية المحددة، يلتزم الشخص المذكور باعادة المرفق الى الحكومة، او الى شخص خاص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة[٢]

---

(١) Erol Irem, Yüksek Denetleme Kurulu, Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli; Yasal Çatısı, Uygulaması, available on internet at: www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm - 67k

(٢) الياس ناصيف، عقد الـــBOT سلسلة ابحاث قانونية مقارنة، ٦، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ٢٠٠٦، ص ٨٣.



والملاحظ أن تعريف اليونيدو لنظام البوت لا ينفذ إلى جوهر هذا المصطلح من الناحية القانونية ، وهو أمر بديهي حيث لا يدخل في اهتمام هذه المؤسسة المتخصصة وضع تعريف قانوني محدد لهذا النوع من العقود(١) .

لعلّ من أحدث التعاريف الصادرة عن مؤسسات هيئة الأمم المتحدة التعريف الصادر في العام ٢٠٠١ من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) Uncitral ، التي أصدرت دليلاً خاصاً بمشاريع البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص، حيث ورد في معرض تعريفها للمصطلحات المتعلقة بمشاريع البنية التحتية وصفاً لنظام " البناء فالتشغيل فنقل الملكية (بوت BOT) بانه المشروع الذي تختار السلطة المتعاقدة صاحب امتياز لتمويل وتشييد مرفق أو نظام للبنية التحتية. وتعطي هذا الكيان حق تشغيل المرفق على اساس تجاري لفترة معينة، تنتقل ملكية المرفق بعد انقضائها الى السلطة المتعاقدة"(٢).

وهناك من يعرف البوت "بانه العقد الذي يلتزم فيه شركة من شركات القطاع الخاص بتنفيذ مشروع من مشاريع المرافق العامة وذلك بتمويل من القطاع الخاص وتشغيله لهذا المرفق خلال المدة المحددة من قبل الجهة الإدارية على ان يتم نقل ملكية ما تم انشائه الى الإدارة العامة بشكل جاهز للعمل بحيث لايوجد فيه اي عيب وان يخلو من النواقص"(٣).

(١) هاشم عوض عبد المجيد، الاشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق اتفاقيات البوت (BOT) كآلية للخصخصة في الدول العربية، ص١٣٧. متاح على العنوان الالكتروني:
publications.ksu.edu.sa/Conferences/Privetization%20Conference/02.doc

(٢) دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنى التحتية الممولة من القطاع الخاص، اعداد لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك ٢٠٠١.

(٣) Yap-İşlet-Devret modeli, bir kamu alt yapı yatırım veya hizmetinin finansmanı özel bir şirket tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi ve Kamu tarafından belirlenen bir süre için işletilmesi ve yine bu süre içinde ürettiği mal veya hizmeti, tarafların karşılıklı saptadıkları bir tarife uyarınca Kamu kuruluşlarına satması ve sürenin sonunda işletmekte olduğu tesisleri bakımı yapılmış, eksiksiz ve işler durumda ilgili Kamu kuruluşuna devretmesi diye tanımlanabilir. See: Erol Imer, Op. Cit.



في حين يعرفه اخرون بانه "منح الحكومة لترخيص لاحد متعهدي القطاع الخاص والذي يعرف بصاحب الامتياز والذي يكون مسؤولا عن التمويل، الانشاء، التشغيل والصيانة خلال فترة الامتياز وفي النهاية يتم نقل الملكية تماما الى الحكومة بدون مقابل بشكل جاهز للتشغيل"(١).

ومع ما سبق فاننا نذهب الى القول بانه من الصعب ايراد تعريف مانع وجامع لعقد البوت ذلك لكثرة نماذجه واختلاف انواعه فمن المفروض تعريف كل نوع على حدة ومع ذلك يمكننا القول بان عقد البوت (الانشاء والتشغيل ونقل الملكية) عقد ملزم لجانبين الإدارة والمستثمر حيث يلتزم الاول بتسليم موقع العمل ومعاونة الطرف المقابل (المستثمر) والذي يلتزم بانشاء وتشغيل احدى مشاريع البنى التحتية لمدة معينة يحدد في العقد المبرم بينهما والذي يقع على عاتقه توفير التمويل اللازم وتجهيز المشروع بالتكنولوجيا الحديثة ومن ثم نقل الملكية الى الإدارة بشكل جاهز للعمل والتشغيل من قبل الإدارة وبدون بدل في نهاية مدة العقد.

المطلب الثاني

خصائص هذا العقد

يتضح من التعريف السابق أن لهذا العقد جملة من الخصائص والتي يمكن ايجازها بالشكل الآتي:ــ

١ــ انه من عقود المدة فبالرغم من ان هذا العقد يضم العديد من الالتزامات الا

---

(١)
BOT as defined "the granting of a concession by the government to private promoter, known as concessionaire, who is responsible for financing, construction, operation, and maintenance of a facility over the concession period before finally transferring the fully operational facility to the government at no cost." Sameer Al-Mubarak, Op. Cit.



ان هذه الخاصية تظهر من خلال التركيز على التزام المستثمر بتشغيل المشروع لفترة محددة في العقد. حيث يلعب الزمن دوراً جوهرياً فيه فلايمكن تصور تنفيذ هذا العقد الا مع استمرار الزمن.

٢ــ يعتبر البوت من العقود الملزمة للجانبين. فبموجبه يقع التزامات متقابلة على عاتق الطرفين. فتلتزم الإدارة كجهة متعاقدة في العقد بتسليم الموقع الى المستثمر وتمكينه من انجاز المشروع وكذلك عدم اناطة مشاريع مماثلة الى غيره من المستثمرين طيلة مدة العقد(١). كما أن المستثمر يكون ملتزما بموجب هذا العقد بانشاء وتشغيل ونقل ملكية المشروع الى الإدارة في نهاية مدة العقد.

٣ــ انه من عقود المعاوضة طالما كان كل طرف في العقد يأخذ مقابلا لما يعطيه ويعطي مقابل ما يأخذه.

٤ــ يعد عقد البوت من العقود المركبة فهي تحتوي على عناصر العقود الواردة على العمل فانشاء مشروع وصيانته كلها التزامات تحتم على المستثمر القيام باعمال. كما انه يشتمل على عناصر العقود الواردة على الانتفاع فالمستثمر ينتفع من المشروع لمدة طويلة قد تصل الى ٥٠ سنة. علاوة على ذلك فان عقد البوت يتضمن عناصر العقود الواردة على نقل الملكية ذلك أن المستثمر بعد قيامه بانشاء المشروع وتجهيزه بالالات والاجهزة والمعدات يلتزم في نهاية مدة العقد بنقل ملكية كل ما استحدثه في المشروع الى الإدارة لذا لانتفق مع الذين يستعملون مصطلح الاعادة أو التحويل في عقد البوت بدلا من استخدام مصطلح نقل الملكية. اذ أن المستثمر بالاضافة الى اعادة أصل الشيء والذي يتمثل في الغالب

---

(١) للتفصيل ينظر مازن ليلو راضي التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت B.O.T مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين المجلد ٨ العدد ١٣ حزيران ٢٠٠٥ (ص ص ١٥٠ــ ١٦٣.



بالارض التي استلمها من الإدارة لاقامة المشروع ينقل ملكية كافة الاصول المنقولة والثابتة الى الإدارة وبشكل جاهز للاستفادة منه. ومن الجدير بالذكر أن البعض من أنواع عقد البوت (كعقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية Boot[١] و عقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية Moo[٢] وعقد التجديد والتملك والتشغيل ونقل الملكية Roo [٣]) يتضمن نقلا للملكية مرتين في الأولى تقوم الإدارة بنقل ملكية المشروع الى المستثمر وفي الثانية يكون العكس حيث يقوم المستثمر بنقل ملكية المشروع وكل ما استحدثه الى الإدارة.

المطلب الثالث

مزايا عقود البوت

لما كان موضوع بحثنا يدور حول كون أحكام عقد البوت من قواعد القانون العام أو القانون الخاص وأثر ذلك على استقطاب الاستثمارات كان من الضروري

---

(١) في عقد ال Boot يقوم المستثمر بعمليات الانشاء بعد أن يتملك المشروع يقوم بتشغيله وصيانته ومن ثم وفي نهاية مدة العقد يقوم بنقل ملكيته للادارة. للتفصيل ينظر دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنى التحتية الممولة من القطاع الخاص.

(٢) عقود التحديث التملك التشغيل التحويل Modernize Own Operat Transfer MOO في هذا النوع من العقود يلتزم المستثمر بتحديث احد المرافق العامة او احد مشروعات البنية التحتية وتطويره تكنولوجيا وفقا للمستويات العالمية ويصبح مالكا لها وتؤول ملكية المشروع في النهاية الى الحكومة، وبالطبع فان المستثمر يحصل على ايرادات المشروع خلال تلك الفترة على ان يسدد القيمة الايجارية المتفق عليها في التعاقد بين الطرفين طوال فترة العقد. للتفصيل ينظر دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنى التحتية الممولة من القطاع الخاص.

(٣) عقود التجديد التملك التشغيل التحويل ROO وفي هذا العقد يلتزم المستثمر بتجديد احد المرافق العامة او مشروعات البنى التحتية التي تحتاج الى ذلك سواء من حيث المباني او الالات والمعدات والاجهزة والاثاث ووسائل النقل. وبموجب هذا النوع من العقود يصبح المستثمر الخاص مالكا للمشروع ويقوم بتشغيله والحصول على ايراداته وذلك مقابل القيمة التي تحددها الحكومة مقابل انتقال الملكية من الدولة الى المستثمر. وفي نهاية مدة العقد يتنازل عن المشروع للحكومة دون مقابل وبالطبع يحصل المستثمر على ايرادات تشغيل المشروع طوال هذه المدة. للتفصيل ينظر دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنى التحتية الممولة من القطاع الخاص.



الالمام بمزايا اقامة المشاريع الاسترتيجية عن طريق ابرام الحكومة لمثل هذا النوع من العقود. فمن المزايا الرئيسية والمهمة التي يتميز بها عقد البوت يتجلى فيما يلي:ــ

١ــ خلق (تكوين) مصادر جديدة للتمويل

تستطيع الدولة توفير مصادر مالية جديدة عن طريق عقود البوت وذلك لانشاء أو استحداث المرافق الضرورية حيث ستؤول ملكيتها اليها ولو بعد مرور مدة قد تكون طويلة الا ان الدولة بهذه الطريقة ستوفر على نفسها اللجوء الى الاستقراض

٢ــ الحصول على التقنية الحديثة

تنتقل عبر ابرام عقود البوت التكنولوجيا الحديثة والتي قد تكون عسيرة على الدولة جلبها[١]

٣ــ اشراك القطاع الخاص في عمليات التنمية

ليس من الممكن في الوقت الحاضر ان تقوم الدولة بجميع المهام وان تتدخل في كل صغيرة وكبيرة لذا فان الاتجاه الحالي في معظم بلدان العالم يتجه الى اشراك القطاع الخاص واعطائها مجالا اوسع ويدا اطول في عملية التنمية[٢].

٤ــ التخفيف من كاهل ميزانية الدولة

الانفاق الحكومي وكما هو معلوم في تزايد مستمر واحيانا لاتستطيع الحكومة تلبية جميع الاحتياجات وبالتالي تغل الميزانية يد الحكومة في القيام بالانفاق على بعض المشاريع العامة وخصوصا ذات الاهمية المستقبلية منها كمشاريع البنى

(١) Tahir Özcan, Yap İşlet Devret Modelleri ve Vergisel Problemleri. available on internet at: www.kobiline.com/docs/AATax/article/yid_vrg_prob.doc

(٢) روليت العبود، نظام البناء والتشغيل والنقل لتشييد مشروعات البنية التحتيــة Build, Operate, Transfer, BOT ص ٢ متاح على العنوان الالكتروني: *www.drzidan.com/e/**BOT**.pdf*



التحتية وباللجوء الى الاستثمار عن طريق عقود البوت تنفذ الحكومة هذه المشاريع من دون ان تؤثر على ميزانيتها

٥ــ استخدامها كآلية للخصخصة الجزئية والكلية[١].

يعتبر عقد البوت احدى الاليات الهامة في خصخصة القطاع العام ومنح فرصة اكبر للقطاع الخاص حيث اثبتت اغلب التجارب نجاح القطاع الخاص في استثمار بعض المشاريع التي كانت تدار من قبل الحكومة وتكون الخصخصة عن طريق عقود البوت اما جزئية أو كلية حسب النمط المستخدم.

٦ــ جذب الاستثمارات الاجنبية

يمكن اعتبار عقود البوت من الاليات القانونية المهمة في استقطاب الاستثمارات الاجنبية، فتعلق هذا العقد بالمشاريع الضخمة ذات الايراد الكبير من جهة وطول مدة العقد من جهة اخرى تعتبر حافزا ومشجعا لجذب المستثمرين المحليين والاجانب

٧ــ توفير فرص عمل جديدة

العقود الاستثمارية في مجملها تعتبر بوابة لتوفير فرص عمل كثيرة وفي حالة كون المستثمر اجنبيا وبالرغم منه انه سيستعين بكوادر من بلده الا انه مع ذلك يحتاج الى استقدام العمال من مواطني البلد المستثمر فيه

٨ــ التصرف من حيث الزمن

يرمي القطاع الخاص في استثماراته الحصول على اعلى نسبة من الربح في اقصر وقت ممكن لذا فانه يلاحظ سرعة انجازه للاعمال مقارنة بتلك المنجزة من

(١) انطوان الناشف، الخصخصة (التخصيص) مفهوم جديد لفكرة الدولة في ادارة المرافق العامة، ملف تحليلي ــ توثيقي شامل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٠، ص ٥٣.



قبل القطاعات الحكومية

٩ـ تحقيق شراكة بين الشركات المحلية والاجنبية المعروفة على الصعيد الدولي

نظرا لضخامة حجم المشاريع التي عن طريق العقد موضوع البحث فقد تُكَوِّنْ عدة شركات اتحادا فيما بينها لانجاز المشاريع وقد تكون من بينها احد الشركات المحلية مما تكسبها خبرة كبيرة في هذه المجالات

المبحث الثاني

عقد البوت بين قواعد القانون الخاص والقانون العام

تولينا بالبحث فيما سبق أن عقد البوت يبرم بين الإدارة وبين احد اشخاص القانون الخاص ولما كان صلب موضوعنا ينصب على البحث في كون هذا العقد من عقود القانون العام (العقود الإدارية) أو من عقود القانون الخاص، كان من اللازم بيان مفهوم كل من عقود القانون الخاص والقانون العام ومن ثم المعايير التي يمكن الاستناد عليها لاجراء التمييز بينهما. ومن بعدها نعرض للأراء الفقهية بشأن عمومية أو خصوصية أحكام عقد البوت ويلي ذلك تقييم لهذه الاراء.

المطلب الأول

مفهوم عقود القانون الخاص وعقود القانون العام

من المعلوم أن الإدارة تبرم نوعين من العقود أحدها باعتبارها صاحبة سلطة وأخرى بدونها. فالأولى هي عقود القانون العام اي العقود الإدارية والثانية عقود القانون الخاص.

وقد تم تعريف العقد الاداري "بانه إتفاق يكون احد أطرافه شخصاً معنوياً بقصد



إدارة احد المرافق العامة او تسييرها وتظهر فيه النية في الاخذ باسلوب القانون العام، وذلك من خلال تضمين العقد شروطاً إستثنائية غير مالوفة في تعاملات الأفراد، سواء بتمتع الإدارة بإمتيازات او سلطات لا يتمتع بها الأفراد، او بمنح المتعاقد سلطات إستثنائية في مواجهة الغير، لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد كأن يكون صاحب إحتكار فعلي، أو بمنحه الحق في الاستيلاء على بعض العقارات المملوكة للغير فترة مؤقتة"(١). وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى أن العقد لايعتبر اداريا الا اذا كان متعلقا بتنظيم أو تسيير مرفق عام واظهر الشخص المعنوي في الاخذ باحكام القانون العام بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص(٢). وبعبارة أخرى فان عقود القانون الخاص هو ذلك العقد الذي قد يكون الإدارة طرفاً فيها ولكن بالرغم من ذلك يكون مبدأ المساواة بين حقوق والتزامات الأطراف هي الحاكمة ولايظهر أي طرف كصاحب سلطة أوسيادة في العقد.

المطلب الثاني

معايير التمييز بين عقود القانون الخاص والقانون العام

يتضح مما سبق بانه ولاعتبار عقد من العقود إدارياً لابد من تضمنها لثلاثة عناصر تكاملية فيما بينها بحيث لو تخلف احدها أنحصرت عنه صفته الإدارية

(١) (المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٣١٢٨ – ٣٥ق، جلسة ١٩٩٥/١/٢٤، مجموعة من المبادىء في العقود الإدارية، إصدار المكتب الفني لمجلس الدولة بمناسبة اليوبيل الذهبي للمجلس ص٩٨. نقلاً عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية ،الآبرام –التنفيذ – المنازعات في ضوء آحدث احكام مجلس الدولة ووفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشآة المعارف جلال حزى وشركاه، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ص٨-٩.

(٢) محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية والتجارية طعن رقم ٣١٦ / ٥٤ ق، جلسة ١٩٩٠) نقلا عن عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص ١٤.



وأول تلك العناصر ابرام الإدارة لعقد باعتباره شخص معنوي من أشخاص القانون العام والثاني ان هدفها هو إدارة أو تسيير مرفق عام والثالث أن تظهر فيه نية الشخص المعنوي في الأخذ باسلوب القانون العام في العقد. وذلك من خلال تضمينه شرطاً أو شروط غير مالوفة في عقود القانون الخاص. لذا يمكن بيان معايير التمييز بين عقود القانون الخاص والقانون العام استنادا على عناصر العقود الإدارية والتي نستطيع تعداده كالآتي:ـــ

١ـــ كون احد اطراف العقد من اشخاص القانون العام

من العناصر الجوهرية في العقود الإدارية أن احد اطراف العقد هو شخص معنوي عام. ولكن لابد من ان تكون الإدارة في هذه الحالة صاحبة السلطة أو السيادة(١).

فلا بد من أن تكون الإدارة طرفاً في هذا العقد سواء أكان احد الاشخاص المعنوية الاقليمية (كالمحافظة الممثل بمجلس المحافظة أم من خلال احد الاشخاص المعنوية المرفقية كالهيئات العامة كالجامعات الحكومية(٢).

٢ـــ تنفيذ عمل مرفق عام

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بتعلقها باحتياجات المرفق العام. ويراد بالمرفق العام المشروع الذي تنشئه الإدارة أو تشرف على ادارته ويعمل بصورة منتظمة ومستمرة ويكون الهدف الرئيسي من وراء ذلك تحقيق المنفعة العامة لا الربح. وبعبارة ادق فان مناط العقد الاداري الى جانب كون الإدارة طرفاً فيها هو إتصاله بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة اغراضه وتحقيق

---

(١) الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ١٢. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨، ص٣٠.

(٢) الياس ناصيف، مصدر سابق، ص١٥،



احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة وتغليبها على المصلحة الخاصة(١).

٣ـ تضمن العقد شروط وحقوق والتزامات غير مألوفة في عقود القانون الخاص

للعقود الإدارية ذات أركان العقود المدنية الا ان وجه الاختلاف بين العقدين يرجع الى وجود شروط غير مألوفة في العقد الاداري مما تؤدي الى جعل كفتي المتعاقدين غير متكافئة بخلاف ما هو عليه الحال في العقود المدنية(٢).

ان الإدارة في ابرامها للعقود الإدارية تستخدم أساليب القانون العام وذلك بتضمينها لشروط إستثنائية(٣) غير موجودة في العقود المدنية والتي تنطوي على منح الإدارة أمتيازات في مواجهة المتعاقد كتلك التي تكفل لها حقاً في تعديل شروط العقد اثناء تنفيذها وتوقيع جزاءات على المتعاقد في حالة إخلاله بإلتزاماته التعاقدية دون الحاجة الى اللجوء الى القضاء وسلطة إنهائه للعقد قبل الموعد المحدد دون الحاجة الى اعذار او تنبيه المتعاقد معها (٤). يظهر من ذلك أن الإدارة تدخل في العلاقة التعاقدية بوصفها سلطة عامة تملك الأنفراد بالقرارات وتنفيذه تنفيذاً مباشراً على الافراد(٥).

(١) عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص٢٧. محمود خلف الجبوري، مصدر سابق، ص٣٤.

(٢) محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص٣٧.

(٣) عرفت المحكمة الإدارية العليا الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية بانها "الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لايتمتع المتعاقد معها وذلك بتحقيق نفع عام او مصلحة مرفق من مرافق الدولة وهي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص" المحكمة الإدارية العليا جلسة ٢/٢٥ ١٩٦٣، المجموعة، ص ١٢٢٥، المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٨٤/٢/١١، مجموعة الاحكام، ص ٦٤٧، وكذلك حكمها بجلسة ١١/٤٢/ ١٩٩٥، مجموعة الاحكام ص ٤٠. نقلا عن عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ٣٧.

(٤) عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص.٣٣.

(٥) ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩ ص١٥٣.



المطلب الثالث

الاتجاهات الفقهية بشأن عمومية أو خصوصية أحكام عقد البوت

لقد أنقسم الفقه على نفسه بصدد اعتبار عقود البوت من عقود القانون الخاص أو من عقود القانون العام[1] ولم يقتصر الأراء على هذين المحورين بل ذهب البعض الى اعتباره تنظيم قانوني واتجه أخرون الى القول بانه عقد ذات طبيعة خاصة لذا نرى أولا أن نفصل في هذه الاراء وحججهم وبعدها نُقَدِّر هذه الأراء.

١ ـــ عقد البوت تنظيم قانوني

يذهب رأي الى القول بان عقد البوت هو تنظيم قانوني فتنفيذ المشاريع بهذه الطريقة يستوجب ابرام العديد من العقود في هذا الاطار بين اطراف مختلفة[2]. فالملاحظ ان اتفاقات البوت يتضمن بالاضافة الى العقد المبرم بين احد مستثمري القطاع الخاص والإدارة، ابرام العديد من العقود في هذا الاطار و التي يبرمها المستثمر كعقد العمل والمقاولة والبيع وغيرها من العقود لاجل تنفيذ المشروع من حيث البناء والتشغيل وتحويل الملكية.

٢ـــ عقد البوت من العقود الإدارية

هناك من يقول بأن عقد البوت من العقود الإدارية الا أن اصحاب هذا الاتجاه

(١) وقد ثار نفس الخلاف في الفقه بخصوص عقود نقل التكنولوجيا التي تبرمها الحكومة من حيث اعتبارها من العقود الإدارية أو من عقود القانون الخاص أو أنها ذات طبيعة خاصة. للتفصيل أنظر صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في اطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ٢٠٠٥، ص ٢٦٢.

(٢) محمود مصطفى الزعارير، سياسة التخاصية، دراسة قانونية اقتصادية تطبيقية لخصخصة المشروعات في الاردن ومصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٤، ص١٧٩ هاشم عوض عبد المجيد، مصدر سابق.



ينقسمون فيما بينهم الى من يرى بانه عقد امتياز مرفق عام ومن يقول بانه عقد اشغال عامة.

أ ــ عقد البوت من عقود امتياز المرافق العامة

يتجه البعض الى اعتبار عقد البوت من عقود امتياز المرافق العامة والتي تعد من العقود الإدارية حيث يكون احد اطرافه الإدارة باعتبارها صاحبة السلطة أو السيادة[١]. فعقد البوت يبرم بين المستثمر والإدارة بموجبها يقوم المستثمر بانشاء وتشغيل ومن ثم نقل ملكية احدى المرافق العامة الى الإدارة. ويذهب البعض ممن يتبنون هذا الاتجاه الى ان عقد البوت ما هو الا نمط متطور من انماط عقود امتياز المرافق العامة والهدف منه ادارة وتسيير احدى المرافق العامة. فهو مختلف تماما عن الشكل التقليدي المعروف به عقود الامتياز[٢].

ب ــ عقد البوت من عقود الأشغال العامة

يؤيد البعض[٣] بان عقود البوت من قبيل عقود الاشغال العامة ويستند هذا الراي

---

(١) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الاسكندرية الطبعة الأولى ٢٠٠٦ ص ص ١٥٦ــ ١٥٧. روليت العبود، مصدر سابق، ص ٥.

Cahit Özkan, İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim. available on internet at: www.cahitozkan.av.tr/dosyalar/Ticari%20Tahkim%20makale.doc

(٢) مازن ليلو راضي، مصدر سابق، ص ص ١٥٦ــ ١٥٧. وقد عرف القانون المدني العراقي عقد التزام المرافق العامة في المادة ٨٩١ "١ – التزام المرافق العامة عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد او شركة يعهد اليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون. ٢ – والروابط التعاقدية بين القائم بالمرفق وعملائه لا تختلف سواء كان القائم به جهة حكومية او ملتزماً".

(٣) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٦، ص٦٢. محمد عبدالمجيد اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣، ص ٥٦ــ٥٧.



على أن جوهر الالتزام في هذه العقود يتمثل في القيام بالأعمال الانشائية لاحد مرافق الدولة على إختلاف طبيعتها وهو ما يغلب على عنصر إدارة المشروع.

يبدو ان الذين يَرَون في عقد البوت بانها من العقود الإدارية مختلفون بصدد كون العنصر الغالب في العقد ادارة مشروع أم انشائه. ولكنهم متفقون بشأن كونه عقدا يكون الإدارة طرفا فيه باعتباره صاحبة السلطة أو السيادة.

وقد ذهبت بعض الدول عند اعدادها لنماذج عقد البوت الى إعتباره عقداً إدارياً وذلك بنقل سلطة إتخاذ القرار من قبل الاطراف المتعاقدة الى مجلس الوزراء[١]. فبموجب ذلك لابد ان يستوفي العقد منذ ابرامه جملة من الاجراءات الإدارية بل وحتى في مرحلة تنفيذ العقد تكون خاضعة لرقابة الإدارة وتوجيهها. بالاضافة الى ماسبق فانه وفي حالة نشوء نزاع بين المتعاقدين فان المحكمة الإدارية هي التي تكون مختصة بالنظر فيها. كما ان هذا التوجه من قبل المشرعين في هذه الدول قد ادى الى إستبعاد التحكيم كأساس لفض المنازعات بين الإدارة وبين المستثمر أو وضع آلية للتوفيق والتسوية أو اعطاء مهلة زمنية قبل اللجؤ الى التقاضي أو حظر إتخاذ إجراءات تعسفية أو تنفيذية قبل أن يحكم القضاء[٢].

٣ــ عقد البوت عقد ذات طبيعة خاصة

يتجه رأي الى القول بان عقد البوت يجمع في طياته احكام وخصائص وقواعد عقود القانون الخاص، وعقود الاشغال العامة وعقود التزام المرافق العامة وهو في نفس الوقت تنظيم اقتصادي يستهدف تمويل مشاريع البنية التحتية لذا فان هذا

---

(١) مدحت محمد مبارك، نحو عقد نموذجي لعقود نظم البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، ص١ متاح على العنوان الالكتروني: http://bot.com.kw/news_detail.php?nNewsId=304

(٢) مدحت محمد مبارك، مصدر سابق، ص٢.



العقد يظل محتفظا بطبيعته القانونية الخاصة التي تميزه عما عداه من عقود[١]. بالأضافة الى ذلك فانها ترتبط بحزمة عقود آخرى بعد إبرامها.

٤ــ عقد البوت من عقود القانون الخاص

يرى البعض[٢] أن عقد البوت يعتبر من عقود القانون الخاص والقول بذلك يعني ان الإدارة تكون طرفا في العقد ولكنها ليست باعتبارها صاحبة السلطة أو السيادة بل باعتبارها شخصا عاديا من اشخاص القانون الخاص. فوفق هذا الرأي فان الدولة عندما تبرم عقد البوت بانواعها المختلفة مع المستثمر فانها لاتتمتع بمزايا تمنحها عقود القانون العام (العقود الادرية) اي انها تكون متساوية مع الطرف الاخر من حيث الحقوق والالتزامات فيسوده مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. واستنادا على ذلك فانه اذا نشاء نزاع بين الاطراف فلاتخضع للمحاكم الإدارية لانها من عقود القانون الخاص وليس من عقود القانون العام وان كانت رقابة الإدارة تظل على تنفيذ هذه المشاريع. كما ان هذا العقد لايتضمن الشروط الاستثنائية المعروفة في العقود الإدارية[٣].

المطلب الرابع

تقييمنا للاراء السابقة ورأينا في الموضوع

بعد استعراضنا للأراء السابقة نرى بانه من المستحسن تقييمها ومن ثم ابداء رأينا فيه. فبالنسبة للرأي الذي يذهب الى اعتبار عقد البوت تنظيم قانوني فانه يخلط بين أمرين أحدهما عقد البوت المبرم بين الإدارة والمستثمر والثاني النظام

---

(١) مدحت محمد مبارك، مصدر سابق، ص٢. الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ١٤٠.

(٢) هاشم عوض عبد المجيد، مصدر سابق، ص ١٤٣.

(٣) محمد عبدالمجيد اسماعيل، مصدر سابق، ص ٦٢.



القانوني للبوت أو كمايطلق عليه باتفاقات البوت والتي تشمل بالاضافة الى عقد البوت المبرم بين الإدارة المستثمر العديد من العقود التي يبرمها المستثمر لتسيير وتشغيل المشروع. كعقد التأمين، عقد التشغيل والصيانة بالاضافة الى ذلك فانها تشمل في الغالب الاتفاق على شراء الإدارة للخدمة أو المنتج off take agreement ويتمثل هذا غالبا في عقود انشاء محطات الطاقة الكهربائية المبرمة وفقا لنظام البوت[١]. لذا فاننا في بيان الطبيعة القانونية لابد من أن نسلط الضوء على العلاقة العقدية بين الاطراف[٢].

أما بخصوص الرأي القائل بان البوت عقد ذات طبيعة خاصة وبالتحديد فانها تضم عناصر العقود الإدارية والمدنية. نتساءل هنا عن عناصر أي نوع من العقود هي التي تكون الغالبة في البوت؟ وهل يحكم العقد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أم ان العقد يتضمن شروطا استثنائية تتمتع بها الإدارة تمنحها سلطات ومزايا القانون العام؟ وما هي المحاكم التي تكون مختصة بالنظر في النزاعات الناشئة عن هذا العقد؟ نرى أن هذا الرأي عاجز عن الاجابة عن هذه الاسئلة بصورة قاطعة وبالتالي فاننا نرى عدم امكانية الاعتماد عليه في بيان الطبيعة القانونية لعقد البوت.

وفي هذا الشأن يمكن الرد على الذين يقولون بان البوت هو عقد التزام مرفق عام بانه في هذا الأخير يقوم الملتزم بتقديم الخدمة بصورة مباشرة للجمهور ويحصل على مقابل هذه الخدمة من جمهور مستخدمي ومنتفعي خدمة المرفق مباشرة. الا ان هذا الأمر ليس ضرورياً في البوت فمن تطبيقاته أن الدولة قد

---

(١) هاشم عوض عبد المجيد، مصدر سابق، ص١٤٠.

(٢)

Off-take Agreement An agreement between the government and the concessionaire to purchase minimum quantity of services such as electricity, water at fixed price for fixed term. Sameer Al-Mubarak, Op. Cit. p. 9.:

تلتزم بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من المستثمر. ومن ثم تقوم بيعها الى المواطنين (المستهلكين) كشراء المشتقات النفطية او الكهرباء وتوزيعها على المواطنين فلا تنشأ هنا علاقة عقدية بين المستهلك والمستثمر (١).

ومن أهم الخلافات بين العقدين أن ملكية الاصول في المشاريع المقامة بطريق البوت تكون تابعة للمستثمر وخصوصاً في احد أنوعه والمعروف ب Boot حيث يمتلك المشروع بصورة كاملة وتامة وهذا مالا نجده في عقود التزام المرافق العامة التي تبقى تحت سيطرة الإدارة(٢).

ومع كل ماسبق فان الأراء التي تذهب الى اعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص وتلك التي تعتبره من عقود القانون العام فاننا نرى بانها غير دقيقة ذلك أن اعتبار هذا العقد من عقود القانون العام أو الخاص يستشف من تحديد مضمونه. وعند الحديث عن مضمون أي عقد لابد من الامعان في الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي والتي تنص على "٢ – ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". فنية الاطراف في عقد البوت والمسائل والشروط التي اتفقوا عليها وطبيعة الالتزام تُشكل مضمون العقد والتي يتحدد على اساسها كونه من عقود القانون العام أو من عقود القانون الخاص. فالتوصل الى كون العقد اداريا يكون عبر معرفة مضمون العقد والذي يبين وجود شروط استثنائية في عقدٍ أحد اطرافه الإدارة ومتصل بتنفيذ عمل مرفق عام. فعلى سبيل المثال اذا كان العقد يتضمن سلطات وصلاحيات واسعة للادارة تمكنه من انهاء

---

(١) محمود مصطفى الزعارير، مصدر سابق، ص١٧٨.

(٢) محمود مصطفى الزعارير، المصدر السابق ، ص ١٧٣.



العقد وفرضه للجزاءات على المستثمر فبوسعنا حينها القول بعمومية العقد. علاوة على ماسبق فان القانون هو الذي يحدد احيانا طبيعة عقد من العقود المبرمة على اعتبار ان القانون هو منشئ القاعدة فعلى سبيل المثال هناك من التشريعات التي تعتبر أن عقد البوت من عقود القانون الخاص كقانون البوت الصيني وقانون البوت التركي وقانون البوت الفلبيني بينما هناك من يعتبره من العقود الإدارية كما فعل المشرع في دولة الكويت حين اعداده لنماذج عقود البوت[١].

المبحث الثالث

الاثار القانونية المترتبة على اعتبار البوت

من عقود القانون الخاص أو العام وواقع الأمر بالنسبة للقانون العراقي

نتحدث في هذا المبحث عن أهم الاثار المترتبة على اعتبار البوت من عقود القانون العام أو الخاص ومن بعدها نسلط الضوء على الواقع القانوني لعقد البوت في ضوء قانوني الاستثمار العراقي والكوردستاني.

المطلب الأول

الاثار المترتبة على اعتبار البوت من عقود القانون العام أو من عقود القانون الخاص

إن إعتبار عقد البوت من العقود الإدارية يؤدي بنا الى القول بعدم وجود توازن بين التزامات الاطراف بالاضافة الى انها تفسح المجال أمام الدولة للانفراد بتوقيع الجزاءات والغرامات. وقد تفرض الإدارة هذه الجزاءات دون الحاجة الى إخطار

---

(١) See: Cambodian Anukret on Build-Operate-Transfer (BOT) Contract; Chinese Provisional Regulations on Foreign Investment Build-Operate-Transfer Projects; The Philippine BOT Law, Repulic Act No. 7718; Türk Bazı Yatırım ve Hizmetleri Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaprtırılması Hakkında Kanun. No 3996 Tarih 8/6/1994



المستثمر ودون ان يكون لهذا الاخير حتى حق الأعتراض على ذلك. بالاضافة الى ان الإدارة تكون لها الحق في التدخل في عمل المستثمر في كافة المراحل ابتداءً من الانشاء والتشغيل وانتهاء بنقل الملكية. كذلك تحتفظ الإدارة لنفسها الحق في الموافقة على عقود المقاولة من الباطن(١).

إن المستثمر في عقود البوت يشارك الدولة في عملية التنمية والاستثمار بالرغم من أنه يهدف الى تحقيق الربح الا أن الهدف الأهم في هذا العقد مساهمة القطاع الخاص مع الحكومة في انشاء احدى المرافق الضرورية المتمثلة بمشاريع البنى التحتية. فاذا قلنا بكون هذا العقد من عقود القانون الخاص استوجب ايجاد نوع من التوازن فيه. بان يكون ارادة اطراف العقد هي الحَكَم. وعندها تتحقق نوع من المساواة بينهم من حيث الحقوق والالتزامات وبالتالي لايستطيع أي طرف من الأطراف وخصوصا الإدارة التفرد بايقاع الجزاءات وفرض ارادتها على الطرف الاخر المتمثل بالمستثمر. لا بل أكثر من ذلك فهي لاتستطيع تغيير أو تعديل العقد الا بالرجوع الى الطرف الاخر واخذ موافقته أو وجود نص قانوني بهذا الشأن. وفي هذا الخصوص تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٦من القانون المدني العراقي على أنه "اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي". اما بالنسبة للشروط التي تقترن بالعقد في نطاق القانون الخاص فانها لاتكون استثنائية بل هي إن وجدت شروط ارادية يمليها ويقتنع بها الاطراف بمحض ارادتهم. بتوافق ارادة الاطراف وبعبارة اصح بتطابق القبول للأيجاب. فلو نظرنا الى الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من القانون المدني لرأيناها تنص على أنه "يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او

(١) مدحت محمد مبارك، مصدر سابق، ص٢.



يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة"(١).

من مجمل ماسبق نستطيع القول ان اعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص ميزة وضمانة مهمة بالنسبة للمستثمر ذلك أنه يكون على قدم المساواة مع الإدارة وبالتالي لايكون عرضة للجزاءات ولاتفرض عليه شروط استثنائية. ممايشكل ذلك في نظرنا وسيلة قانونية مهمة لاستقطاب الاستثمارات. والقول بعكس ذلك سيؤدي بالتأكيد الى عزوف المستثمر المحلي والأجنبي على السواء عن الاستثمار خصوصا في مجالات البنية التحتية ذلك ان هؤلاء وحماية لمصالحهم لايحبذون أن تكون الإدارة طرفا معها باعتبارها صاحبة السلطة أو السيادة وبالتالي فانهم لايرغبون بان تكون المحاكم الإدارية هي المختصة في المنازعات التي تنشأ بين الاطراف.

المطلب الثاني

الوضع القانوني لعقود البوت في القانون العراقي

لقد قامت العديد من الدول المستقطبة للاستثمار بالاضافة الى اصدار قوانين الاستثمار وقوانين تشجيع الاستثمار الى اصدار قوانين خاصة بالبوت كاحدى العقود الاستثمارية وذلك لاتسامها بخصوصية وأهمية متميزة. فاصدار هذه الحزمة من القوانين ضرورية لجذب الاستثمارات الى البلد. ذلك أن المستثمر وتحديداً الأجنبي وقبل إقدامه على الاستثمار يقوم بدراسة غالبية القوانين للبلد المراد الاستثمار فيه. ولا يقتصر الدراسة على قانون معين فتبدأ تلك الشركات

---

(١) وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٣١ على "كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للآداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً".



أولاً بدراسة دستور البلد ومن ثم القوانين الأخرى وخصوصاً قوانين الاستثمار وما تمنحه من الحوافز والضمانات. لذا نرى اتجاه المستثمرين الى الدول التي تتعاطى بصورة إيجابية معها في خصوص الحوافز والضمانات وكذلك في الحد من تدخل الجهات الحكومية.

ان قوانين تشجيع الاستثمار قد تتعدد في الدول الاتحادية حيث توجد قوانين في المركز الى جانب قوانين الاقاليم وهنا تنشط دور الاقاليم هذه في صياغة وتشريع القوانين التي من شأنها جذب المستثمر الاجنبي والوطني على حد سواء. وفي مثل هذه الاحوال قد نلاحظ أقاليم متجاورة في الدولة الواحدة بعضعها أكثر تطورا وتقدما من مثيلاتها والسبب في ذلك يكمن في كون الأولى قد أصدرت تشريعات متعلقة بالنشاط الاقتصادي والتي تمنح ضمانات وحوافز مهمة للمستثمر مما جعلت منها جاذبة للاستثمارات على خلاف الاخريات والتي اصبحت طاردة لها. وعلى المشرع عند صياغته لهذه الحزمة من التشريعات وخصوصا تلك المتعلقة بعقود البوت أن لاتدع مجالا للثغرات التي يعمل المستثمرين على إستغلالها لتحقيق معدلات أرباح عالية جداً على حساب مصالح الدولة.

نظرا لعدم وجود تشريع خاص بعقود البوت في العراق فانه يخضع لأحكام قانون الاستثمار. ومن المعلوم أن في العراق قانونين للاستثمار احدها قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ والأخر قانون الاستثمار في اقليم كوردستان العراق رقم ٤ لسنة ٢٠٠٦. ونرى ضرورة اعطاء نبذة عن العلاقة بين البوت وعقود الاستثمار وبيان ضمانات المستثمر في عقود البوت وبعدها تكييف هذا العقد وفقا لأحكام قانون الأستثمار العراقي وقانون الأستثمار في اقليم كوردستان.



١ــ البوت وعقود الاستثمار

إن الهدف من وراء ابرام عقود البوت هو اعطاء دور للقطاع الخاص في تولي مهام تمويل واستثمار املاك الدولة ذات الطبيعة الاقتصادية وبالتمعن في هذا النوع من العقود يلاحظ بانه يخضع للقوانين المنظمة للاستثمار. وينتج عن هذا العقد العديد من الحقوق والالتزامات منها ان المستثمر عليه التزام بانهاء عمليات انشاء المشروع في الفترة المحددة في العقد وكذلك عليه اعادة المشروع بحالة جيدة في نهاية فترة العقد الى الإدارة وفي المقابل تقع على عاتق الحكومة جملة من الالتزامات الهامة منها عدم إنشاء مشاريع مشابهة أو مماثلة أو الترخيص لمستثمر آخر بالعمل في مشروع مماثل خلال فترة التعاقد وكذلك تلتزم بعدم إصدار التشريعات أو القوانين التي من شآنها نقص الإيرادات اللازمة لتغطية تكاليف المستثمر والأرباح المناسبة له.

وطالما أن عقد البوت من العقود الاستثمارية فانه يحق للمستثمر التمتع بكافة الضمانات والحوافز المنصوص عليها في قوانين الاستثمار وكذلك الانتفاع من التسهيلات التى تمنحها الحكومة لتشجيع الاستثمار المحلي والاجنبي. كما ويحق للاطراف وبالقدر الذي تسمح به القوانين النافذة الأتفاق على اللجوء الى وسائل تسوية المنازعات بالطرق السليمة في حالة نشوء نزاع أو خلاف فيما بينهم دون الالتجاء الى القضاء المحلي او الدولي[١].

---

(١) عمر رحيم وطارق المسفر، ماذا يعني ال BOT؟ وما هو موقعه من النظام الاقتصادي الجديد؟ هل سحبت ال BOT البساط الاقتصادي من تحت اقدام الحكومات. متاح على العنوان الالكتروني:

mosgcc.com/topics/view

See: Xiaoliang Jiang, Translator: Ting Fei, Settlement of BOT Investment Contract Disputes in China, p. 1. available on internet at: www.colaw.cn/library/BOT.doc



بالرغم من أن عقد البوت هو أحد انواع العقود الاستثمارية الا ان تميزها ببعض الميزات خصوصاً شمولها بالاضافة الى الأنشاء، التشغيل ونقل الملكية دعت الحاجة الى تنظيم قانون خاص بها سواء أكانت بتشريع عادي أو بتشريع فرعي[1]. فقوانين الاستثمار تظل قاصرة عن تنظيم احكام هذا العقد لما له من أهمية خاصة في مشاريع البنية التحتية. وهذا ما دعت ببعض الدول كي تصدر قوانين خاصة بالبوت لتجعل منها آلية قانونية تسخرها لتدعيم و تشجيع الاستثمار.

٢ـــ ضمانات المستثمر في عقد البوت

من المعلوم ان عقود الاستثمار تبرم في العادة بين المستثمر من جهة والإدارة من جهة أخرى. كما قد يكون الطرف المقابل أي المستثمر أجنبيا وحينها يتخذ العقد طابعا دوليا. وطالما كانت الاستثمارات الاجنبية تتضمن انفاق رؤوس أموال كبيرة لذا فانها تركز على الحصول على ضمانات كي لاتفقد ما انفقته من أموال. ويعتمد المستثمر بالاضافة الى التشريعات النافذة في الدولة وخصوصا الاستثمارية منها على العقد المبرم بينها وبين الإدارة في التأكيد على الضمانات الموجودة أو الحصول على ضمانات أكثر بموجب العقد. ومن أهم الضمانات التي يتم تثبيتها بالعقد.

أ ـــ إختيار القانون : والذي يقوم على إستثناء القانون الداخلي للدولة المتعاقدة وذلك للتخلص من سلطة الدولة وذلك باخضاع العقد للقواعد القانونية الدولية وخصوصاً قواعد قانون التجارة الدولية.

ب ـــ آلية تسوية المنازعات : ويكون ذلك بتوفير وسائل عديدة وفعالة لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشاء عن هذه العقود ومن بين هذه الوسائل النص على

(١) مدحت محمد مبارك، مصدر سابق، ص٢.



اللجوء الى التحكيم وذلك لدرأ مخاوف المستثمر الاجنبي بخصوص اخضاع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي(١).

ج ـــ شرط عدم المساس بالعقد والثبات التشريعي : وذلك بتجميد النظام القانوني للدولة المتعاقدة، ومنع السلطات العامة من إتخاذ أي إجراء أو إصدار أي قانون أو لائحة تعرض التوازن العقدي ومصالح الطرف الأجنبي للخطر في تأريخ لاحق على إبرام العقد(٢).

فحصول المستثمر على هذه الضمانات من خلال العقد يعتمد على تشريع الدولة التي قد تجعل من العقد المناط والاساس في حكم العلاقة بين الأطراف وتخلي الإدارة عن استعمال السلطة أو السيادة تجاه الطرف المقابل وبالتالي اخضاعها لاحكام القانون الخاص.

ولما كان عقود الاستثمار تعد في الغالب من العقود الدولية (بالتحديد اذا كان المستثمر اجنبيا) فانه اذا ما نشب عن هذه العلاقات تنازع للقوانين عندها كان من اللازم الرجوع الى أحد مبادئ القانون الدولي الخاص وبالذات ذلك الذي يعرف بمبدأ حرية أو إستقلالية الارادة او ما كما يصطلح عليه بمبدأ خضوع العقد لقانون الارادة والذي أضحى من المباديء المسلم بها في القانون الدولي الخاص إذ أن قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة من أهم قواعد تنازع القوانين وأكثرها شيوعاً. ذلك أن ارادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تعتبر ضابط

---

(١) فوجود نظام محايد وفعال لتسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة بين الدولة والمستثمر الأجنبي يعتبر بحق وسيلة مهمة لاستقطاب الاستثمارات الاجنبية. للتفصيل ينظر عمر محمد هاشم صدقة، ضمانات الأستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، الأسكندرية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨ ص ١٦٩ ومابعدها.
See: Xiaoliang Jiang, Translator: Ting Fei, Op. Cit, p. 1. available on internet at: ; Veysi Seviğ, Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim. available on internet at: turmob.org.tr/turmob/basin/01-09.htm

(٢) لهذه الضمانات راجع بشار محمد الأسعد، مصدر سابق، ص ص ٦٧– ٦٨.

الاسناد الأصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية[1]. فللاطراف في عقود الاستثمار وإن كان احداها الدولة الحرية في إخضاع عقدهم للقانون الذي تتجه إرادتهم المشتركة الى تطبيقه على موضوع عقدهم حيث إن كون الدولة طرف في العقد لا يمنع من الاتفاق على القانون الواجب التطبيق عملاً بمبدأ سلطان الارادة[2]. ومن هنا يتجلى أهمية الارادة وقواعد القانون الخاص في عقود الاستثمار في كافة مراحل هذا العقد ابتداءً من ابرامه وانتهاءَ بتنفيذه وحتى نشوء المنازعات بصدده.

٣ــ عقد البوت و قانون الاستثمار الكوردستاني

لم ينص قانون الاستثمار الكوردستاني بصورة صريحة على استثمار المشاريع بطريق البوت الا أن المادة الثانية منه عددت المجالات التي يمكن الاستثمار فيها واغلبها من المشاريع التي يمكن تنفيذها بوساطة عقود البوت فعلى سبيل المثال الفقرة الأولى من المادة المذكورة تنص على أنه "تطبق أحكام هذا القانون على المشاريع التي توافق عليها الهيئة في احد القطاعات التالية: الصناعات التحويلية والكهرباء والخدمات المرتبطة بهما". كما نصت الفقرة الثامنة منه على أن "مشاريع البنية التحتية، ومنها مشاريع البناء، الاعمار، الاسكان، الطرق والجسور، سكك الحديد، المطارات، والري والسدود". كما وتجدر الاشارة الى أن هذا التعداد هو على سبيل المثال لا الحصر ويظهر ذلك من نص الفقرة الحادي عشرة بقولها "أي مشروع في أي قطاع أخر يقرر المجلس (المجلس الاعلى للاستثمار في

(١) بشار محمد الأسعد، المصدر السابق، ص٩٤.
(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٢ من إتفاقية واشنطن بخصوص تسوية المنازعات بين الدول (تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون التي يتفق عليها الآطراف المتنازعة.....) . وواضح من هذا النص آن هيئة التحكيم ستتقيد في الحكم بموجب القانون الذي سيشير الى تطبيقه إرادة المتعاقدين . للتفصيل بشار محمد الأسعد، مصدر سابق، ص١٠٢-١٠٥.



الاقليم) الموافقة على شموله باحكام هذا القانون".

ونظرا لاهمية تنفيذ المشاريع عن طريق البوت ووجود بعض التطبيقات لها في الاقليم فقد تم النص عليه في التعليمات رقم ١ لسنة ٢٠٠٧ الصادرة عن رئيس المجلس الأعلى للأستثمار[١] حين عرفت المقصود بالمشروع الاستثماري الاستراتيجي في الفقرة الثانية "تلك المشاريع التي تتعلق بحاجيات ذات اهمية خاصة في مرحلة زمنية معينة يحددها المجلس الأعلى للاستثمار وتساهم في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الاقليم وتعتبر المشاريع الاستثمارية المدرجة ادناه مشاريع استثمارية استراتيجية. ٦ــ مشاريع شق الطرق وبناء الجسور والتزام محطات نقل الركاب والمطارات (المقصود هنا هو قيام المستثمر بتنفيذ هذا النوع باسلوب BOT اي بناء المشروع ثم تشغيله وتحويله للدولة".

لقد اكتفى النص السابق ببيان أن بعض المشاريع الاستثمارية الاستراتيجية التي يمكن أن تنفذ عن طريق عقود البوت الا أنها لم تأت باحكام خاصة بشأن هذا العقد لذا فانه وبالرغم من هذا النص تظل المشاريع بهذه الوسيلة خاضعة لاحكام قانون الاستثمار في الاقليم. وبالنسبة لهذا القانون فقد منح المستثمرين جملة من الحوافز والضمانات[٢] وفي هذا الصدد ساوى المشرع بين المستثمر الاجنبي والمستثمر المحلي من حيث اقامة المشاريع وامتلاكها في الأقليم[٣].

لقد كان المشرع الكوردستاني متميزا في المادة السابعة عشرة والتي تنص على

(١) نصت المادة ٢٣ من قانون الاستثمار في اقليم كوردستان "لرئيس المجلس إصدار التعليمات اللازمة لتسهيل تنفيذ القانون". كما ونصت المادة ١٤ من القانون المذكور "يتألف المجلس الاعلى للأستثمار في الاقليم من ئيس مجلس الوزراء رئيسا ونائب رئيس الوزراء نائبا له وينوب عنه عند غيابه وعضوية وزراء المالية والاقتصاد، التجارة، البلديات، التخطيط، الزراعة، الصناعة) ورئيس هيئة الاستثمار".

(٢) دراسة الحوافز والضمانات تقع خارج نطاق دراستنا لذا نقتصر على الأهم منها وخصوصا تلك التي تتعلق بعقود البوت.

(٣) المادة ٣ من قانون الاستثمار في اقليم كوردستان.



أنه "تحل المنازعات الاستثمارية وفق العقد المبرم بين الطرفين وعند عدم وجود فقرة فيه بهذا الخصوص تحل بطريقة ودية وبتراضي الطرفين وفي حالة تعذر الحل الودي يجوز للطرفين اللجوء الى التحكيم المبينة احكامه في القوانين المرعية في الأقليم أو وفقاً لأحكام تسوية المنازعات الواردة في اي من الاتفاقات الدولية او الثنائية التي يكون العراق طرفاً فيها". فمن محاسن هذا النص أنه أحال مسألة فض النزاعات الى إرادة الطرفين دون أن تنفرد الإدارة فيما اذا كانت طرفا في العقد بايقاع جزاءات على المستثمر. وكل ذلك يؤدي بنا الى القول انه بالرغم من وجود خلاف في مسألة الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار لما يتميز به من طبيعة خاصة خصوصا كون احد الاطراف اجنبيا بينما الطرف المقابل يتمثل في الغالب بالإدارة على أية حال فان نهج المشرع الكوردستاني بجعل العقد المبرم بين الاطراف وما تنم عنه ارادتهم هو الفصل الاخير في حسم النزاع يدل على أنه اراد أخضاعه لقواعد القانون الخاص وذلك لانها لاتدع للادارة في مثل هذه الاحوال مجالا لفرض سلطتها وسيادتها على الطرف المقابل. الا انه عند استقراء الفقرة الاولى من المادة التاسعة من هذا القانون نرى أنها تنص على أنه "لدى مخالفة المستثمر لاحكام هذا القانون او إحدى فقرات العقد المبرم بينه وبين الجهات المختصة تقوم الهيئة بانذار المخالف وطلب الإيقاف الفوري للنشاط المسبب لحصول المخالفة وإمهاله مدة مناسبة تحددها الهيئة تتناسب وطبيعة المخالفة لإزالتها مع اثارها"(١).

(١) تنص الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة على " ثانياً.في حالة إصرار المستثمر على عدم إيقاف وإزالة آثار المخالفة وفق آحكام الفقرة آولاً آعلاه، تسترد منه الأرض وتستملك الهيئة المنشآت المبنية عليها من قبل المستثمر (إن وجدت) وبقيمتها مستحقة القلع وفق آحكام هذا القانون ،ويكون المخالف مسؤولا عن آي ضرر ينتج عن عدم قيامه بتنفيذ التزاماته.
ثالثاً إذا أجر المستثمر الارض المخصصة لمشروعه كلاً آو جزءاً من الباطن آو إستغلها لغير الآغراض التي خصصت من آجلها وبدون موافقة الهيئة فتسترد قيمة الأرض أو الجزء المؤجر آو المستغل لغير الغرض المحدد، ويدفع المستثمر ضعف آجر المثل عن قيمة تآجيره للآرض آو إستغلالها لغير الآغراض المخصصة لها ويتم إستحصال المبلغ وفق أحكام قانون تحصيل الديون الفقرة ثانياً آعلاه فيما يتعلق بالمنشآت المبنية عليها وقت الأسترداد".



يبدو لنا أن هناك تعارضاً بين النصين السابق فالمادة السابعة عشر تجعل من العقد المرجع في حل النزاعات بينما المادة التاسعة تمنح هيئة الاستثمار الحق في فرض الجزاءات على المستثمر ليس فقط في حال مخالفته لاحكام قانون الاستثمار بل حتى عند اخلاله لاحدى فقرات العقد على حد تعبير المشرع. ونرى في أن سبب هذا التعارض قد يكون راجعا الى الاستعجال في اصداره وان رفع هذا التناقض من الأهمية بحيث أنه يعيد الى القانون الوضوح بدلا من الغموض والابهام. لذا نرى بانه في أقل تقدير ولاجل رفع هذا التناقض لابد من ازالة عبارة " او إحدى فقرات العقد المبرم بينه وبين الجهات المختصة" من نص الفقرة الاولى من المادة التاسعة.

٤ـ عقد البوت و قانون الاستثمار العراقي

أما قانون الاستثمار العراقي فلم نجد بين دفتيه أي اشارة الى المشاريع الاستثمارية المنفذة من خلال عقود البوت الا أن الاستثمار بهذه الطريقة ينسجم مع أهداف هذا القانون خصوصا لتشجيع الاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة للاسهام في عملية تنمية[١]. ولعل من أهم الضمانات الموجودة في هذا القانون هو أنه لايجيز مصادرة المشاريع الاستثمارية أو تأميمها ما لم يصدر بحقه حكم قضائي بات[٢].

تنص البند أ من الفقرة الثالثة من المادة ٢٣ من الدستور العراقي بانه "للعراقي الحق في التملك في اي مكان في العراق، ولايجوز لغيره تملك غير المنقول الا ما استثني بقانون". وبالتالي نتساءل في ضوء هذه المادة الدستورية عن جواز تملك المستثمر وبالذات الاجنبي لغير المنقولات في العراق لاسيما اذا علمنا أن بعض

(١) المادة ٢ من قانون الاستثمار العراقي. كما وتنص المادة ٢٦ من الدستور العراقي "تكفل الدولة تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة وينظم ذلك بقانون".

(٢) الفقرة الثالثة من المادة ١٢ من قانون الاستثمار العراقي. وأيضا أنظر الفقرة الثانية من المادة ٢٣ من الدستور العراقي والتي تنص "لايجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون".

أنواع عقد البوت تحتم نقل الملكية الى المستثمر والذي قد يكون اجنبيا؟ للاجابة عن هذا التساؤل لابد من أن نعرض للمواد ذات العلاقة في قانون الاستثمار وذلك لمعرفة فيما اذا كان قد استثنى الاجنبي أم لا. فالمادة العاشرة من هذا القانون هي التي تتعلق بموضوعنا هذا والتي تنص على أنه "يتمتع المستثمر بغض النظر عن جنسيته بجميع المزايا والتسهيلات والضمانات ويخضع للالتزامات الواردة في هذا القانون وللمستثمر العراقي والاجنبي لاغراض مشاريع الاسكان حق الاحتفاظ بالأرض بمقابل يحدد بينه وبين مالك الارض دون المضاربة بالارض وفق ضوابط تضعها الهيئة الوطنية للاستثمار وبموافقة مجلس الوزراء، وتسهل الهيئة تخصيص الاراضي اللازمة للمشاريع الاسكانية وتمليك الوحدات السكنية للعراقيين بعد اكمال المشروع". الملاحظ على هذا النص أنه قد ساوى بين المستثمر العراقي والاجنبي في التملك بالرغم من أن المشرع لم يستعمل عبارة التملك أو حق الملكية بل فضل عبارة حق الاحتفاظ بالأرض الا اننا نرى أن المشرع قد قصد بذلك حق الملكية للأسباب الآتية أولا أن المستثمر يحتفظ بالأرض بمقابل من المالك الأول (أي يشتريه) ثانيا عند بيع المشاريع يحظر عليه المضاربة بسعر الأرض ثالثا الشطر الأخير من المادة توحي الى تسهيل اجراءات نقل الملكية الى المواطنين.

على أية حال وإن كان المشرع يجيز تملك الاراضي الى الاجانب الا أنه قد حدده بمشاريع الاسكان فقط وبالتالي لايمكن ابرام بعض انواع عقود البوت في ظل أحكام قانون الاستثمار العراقي. ولا نرى تطبيقات لعقود البوت في مشاريع الاسكان ذلك أن هذا العقد تبرم لانشاء مشاريع البنى التحتية وغيرها من المشاريع الاستراتيجية. وبالتالي فانه وفي ضوء أحكام قانون الأستثمار العراقي لايمكن



ابرام بعض الانواع من عقود البوت خاصة تلك التي تلزم نقل ملكية المشروع ابتداء الى المستثمر.

وفيما يتعلق بآليات تسوية المنازعات في قانون الاستثمار العراقي نجد أنه لم يجعل من العقد المبرم بين الاطراف هو المرجع الاساس لفضها بل على العكس جاء بقاعدة عامة واورد عليها بعض الاستثناءات وهذه القاعدة وردت في صدر المادة ٢٧ "المنازعات الناشئة بين الاطراف الخاضعين لاحكام هذا القانون يطبق عليهم القانون العراقي مالم يتفقوا على خلاف ذلك بغير الحالات التي تخضع لاحكام القانون العراقي حصراً او يكون فيها الاختصاص للمحاكم العراقية"(١).

(١) المادة (٢٧) :المنازعات الناشئة بين الاطراف الخاضعين لاحكام هذا القانون يطبق عليهم القانون العراقي مالم يتفقوا على خلاف ذلك بغير الحالات التي تخضع لاحكام القانون العراقي حصراً او يكون فيها الاختصاص للمحاكم العراقية . ١. تخضع المنازعات الناتجة عن عقد العمل حصراً لاحكام القانون العراقي ويكون الاختصاص فيها للمحاكم العراقية ، ويستثنى من ذلك العامل غير العراقي اذا نص عقد العمل على خلاف ذلك . ٢. اذا كان اطراف النزاع من غير العراقيين وفي غير المنازعات الناتجة عن جريمة يجوز للمتنازعين الاتفاق على القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة او اي اتفاق اخر لحل النزاع بينهم .
٣. اذا ترتب عن نزاع بين الشركاء او بين مالك المشروع والغير في مشروع يخضع لاحكام هذا القانون توقف العمل لمدة تزيد عن ثلاثة اشهر يجوز للهيئة سحب الترخيص و الطلب الى مالكي المشروع تسوية أمره خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة شهور ، واذا مرت هذه المدة دون تسوية الامر بين الشركاء او بين مالك المشروع و الغير ، فان للهيئة اتخاذ الاجراءات القانونية لتصفية المشروع مع اخطار مالك المشروع او احد الشركاء بذلك ويتم ايداع مبلغ التصفية في احد البنوك بعد استيفاء حقوق الدولة او اي حقوق للغير وبعد صدور حكم قضائي باستحقاقها . ٤. إذا كان احد أطراف النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيها الالتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً. ٥. المنازعات الناشئة بين الهيئة أو أي جهة حكومية وبين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة احد أحكام هذا القانون ، تخضع للقانون و المحاكم العراقية في المسائل المدنية ، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم على أن ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الأطراف . المادة (٢٨) :في حالة مخالفة المستثمر لأي من الأحكام الواردة في هذا القانون فللهيئة تنبيه المستثمر كتابة لإزالة المخالفة خلال مدة محددة، وفي حالة عدم قيام المستثمر بإزالة المخالفة خلال المدة المحددة تقوم الهيئة بدعوة المستثمر أو من يمثله لبيان موقفه وإعطائه مهله أخرى لتسوية الموضوع وعند تكرار المخالفة أو عدم إزالتها فللهيئة سحب إجازة المستثمر التي أصدرتها وإيقاف العمل في المشروع مع احتفاظ الدولة بحقها في حرمان المستثمر من الإعفاءات والامتيازات التي منحت له من تاريخ تحقق المخالفة مع احتفاظ الغير بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر من جراء هذه المخالفة ودون الإخلال بأي عقوبات أو تعويضات أخرى تنص عليها القوانين النافذة .



هذا بالاضافة الى أن المشرع احتفظ لنفسه فرض الجزاءات في حال مخالفة احكام هذا القانون. وكل ذلك لايستقيم مع طبيعة عقد البوت.

الاستنتاجات:

من أهم الاستنتاجات التي تم التوصل اليها من خلال هذا البحث:

١ـــ ان عقد البوت يتضمن عناصر العقود الواردة على نقل الملكية فالمستثمر و بعد قيامه بانشاء المشروع وتجهيزه بالالات والاجهزة والمعدات يلتزم في نهاية مدة العقد بنقل ملكية كل ما استحدثه في المشروع الى الإدارة لذا لانتفق مع الذين يستعملون مصطلح الاعادة أو التحويل في عقد البوت بدلا من استخدام مصطلح نقل الملكية.

٢ـــ ان الأراء التي تذهب الى اعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص وتلك التي تعتبره من عقود القانون العام نرى بانها غير دقيقة ذلك أن اعتبار هذا العقد من عقود القانون العام أو الخاص يستشف من تحديد مضمونه. فنية الاطراف في عقد البوت والمسائل والشروط التي اتفقوا عليها وطبيعة الالتزام تُشكل مضمون العقد والتي يتحدد على اساسها كونه من عقود القانون العام أو من عقود القانون الخاص. فالتوصل الى كون العقد اداريا يكون عبر معرفة مضمون العقد والذي يبين وجود شروط استثنائية في عقدٍ أحد اطرافه الإدارة ومتصل بتنفيذ عمل مرفق عام.

٣ـــ نستطيع القول ان اعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص يعد ميزة وضمانة مهمة بالنسبة للمستثمر ذلك أنه يكون على قدم المساواة مع الإدارة وبالتالي لايكون عرضة للجزاءات ولاتفرض عليه شروط استثنائية. ممايشكل ذلك في نظرنا وسيلة قانونية مهمة لاستقطاب الاستثمارات. والقول بعكس ذلك سيؤدي



بالتأكيد الى عزوف المستثمر المحلي والأجنبي على السواء عن الاستثمار خصوصا في مجالات البنية التحتية ذلك ان هؤلاء وحماية لمصالحهم لايحبذون أن تكون الإدارة طرفا معها باعتبارها صاحبة السلطة أو السيادة وبالتالي فانهم لايرغبون بان تكون المحاكم الإدارية هي المختصة في المنازعات التي تنشاء بين الاطراف.

٤ـ ان قوانين الاستثمار غير كافية لتنظيم العمليات الاستثمارية والتي تتم بموجب عقود البوت.

٥ـ هناك تعارض في قانون الاستثمار لاقليم كوردستان بين نصي المادة السابعة عشر منه والتي تجعل من العقد المرجع في حل النزاعات و بين المادة التاسعة التي تمنح هيئة الاستثمار الحق في فرض الجزاءات على المستثمر ليس فقط في حال مخالفته لاحكام قانون الاستثمار بل حتى عند اخلاله لاحدى فقرات العقد.

٦ـ لايمكن ابرام بعض انواع عقود البوت في ظل أحكام قانون الاستثمار العراقي. ذلك أنه لايسمح بتملك المستثمر الاجنبي للعقارات الا لاغراض بناء المشاريع السكنية.

المقترحات:

١ـ نقترح على المشرع العراقي ضرورة اعداد تشريع متكامل لعقود البوت بحيث يكون جامعا لكافة الانواع وينظم الاطار العام لهذا العقد. فالقيام بذلك يشكل في حد ذاته آلية قانونية لاستقطاب المستثمرين الاجانب والمحليين للاستثمار في مجالات المشاريع الاستراتيجية. ذلك أن قوانين الاستثمار وحدها لاتفي بالغرض في انجاز المشاريع عن طريق ابرام عقد البوت.

كما أن على المشرع وفي هذا السبيل أن يُضمن هذا التشريع ألاليات الكفيلة بكيفية اختيار المتعاقد وخصوصاً المستثمر الأجنبي وكذلك كيفية إبرام العقد وتنفيذه للمشروع وتنظيم عمل الشركات التي تنجز مثل هذه المشاريع. وخصوصاً شركات الاستثمار الأجنبية. وبالتالي يمكن القول بان هذا القانون يشكل في الوقت نفسه ضمانة قانونية للمستثمر الذي سيعلم ما له من الحقوق وما عليه من الالتزامات.

٢ــ كما ونقترح على المشرع العراقي لدى اعداده لمشروع قانون البوت أن يمنح الحرية لأطراف العقد وان يساوي بينهم بان يجعل من الارادات المكونة للعقد هي المناط في حكم العلاقة بين الاطراف(١). وعليه عند تنظيم اثار العقد أن يأخذ بالحسبان اقامة التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف. والقول بخلاف ذلك يؤدي الى عزوف المستثمرين عن الاستثمار.

٣ــ نقترح على المشرع ضرورة أن يستفاد في صياغة مشروع قانون البوت بالخبراء القانونيين والخبراء في المصارف والغرف التجارية والمنظمات الدولية التي تهتم بهذا الموضوع كالبنك الدولي ومنظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) ولجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسيترال) ووزارة التجارة وهيئة الاستثمار.

٤ــ نقترح على المشرع الكوردستاني رفع التناقض والتعارض بين احكام المادتين السابعة عشرة والتاسعة من قانون الاستثمار في اقليم كوردستان. ونرى

---

(١) See Article 28. from Chinese Provisional Regulations on Foreign Investment Build-Operate-Transfer Projects "All disputes arising during the performance of the BOT agreement or having connection with the above agreement shall be settled through friendly consultation between the parties to the agreement. If a settlement cannot be reached through consultation, such disputes may be submitted to a Chinese arbitral body or other arbitral bodies for arbitration". And See; Article 14 from Cambodian Anukret on Build-Operate-Transfer (BOT) Contract "All disputes arising under this BOT contract shall be settled expediently and amicably through negotiations and arbitration in accordance with the terms of the specific contract".



بانه في أقل تقدير ولاجل رفع هذا التناقض لابد من ازالة عبارة " او إحدى فقرات العقد المبرم بينه وبين الجهات المختصة" من نص الفقرة الاولى المادة التاسعة. كما اننا ندعو المشرع الكوردستاني بانه ولدى اعداده لمشاريع القوانين أن يستشير بأهل الخبرة من القانونيين (خصوصا التدريسيين في كليات القانون) في الاختصاصات التي يتم اعداد القوانين بشأنها فاللجنة القانونية واللجان الاخرى المنبثقة عن المجلس الوطني الكوردستاني لاتستطيع أن تلم بكل صغيرة وكبيرة وكل شاردة أو واردة وبخصوص جميع القوانين واذا قلنا بخلاف هذا الاقتراح فقوانينا ستكون مليئة بالتعارضات والتناقضات وأحيانا تتنافى مع ابسط المبادئ القانونية.

٥ـ وأخيراً نرى من الضروري وبعد عرض موضوع البحث أن نقترح على المشرع مشروع قانون البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) من خلال الملحق الآتي والذي قمنا باعداده بالاستفادة من قوانين ومشاريع قوانين بعض الدول التي تمتلك تشريعات في هذا المجال والتي تمت الاشارة اليها في قائمة المصادر.



الملحق

مقترح مشروع قانون البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)

الفصل الأول

التعاريف:

المادة ــ ١ يقصد بالتعابير الآتية لغرض تطبيق احكام هذا القانون المعاني المكتوبة إزائها:

الوزارة المختصة: وزارة التجارة

الوزيرالمختص : وزير التجارة

الهيئة : هيئة الاستثمار

العقد : عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)

المستثمر : احد اطراف عقد البوت

الإدارة : الطرف الثاني في عقد البوت

الفصل الثاني

الأهداف ونطاق التطبيق

المادة ــ ٢

يهدف هذا القانون الى تنظيم استثمارات البناء والتشغيل ونقل الملكية التي تبرمها الحكومة في سبيل انجاز المشاريع ذات الاهمية الاستراتيجية.

المادة ــ ٣

يجوز للقطاع الخاص الاجنبي والمحلي الاستثمار في المشاريع الاستراتيجية كمشروعات انشاء البنية التحتية باقامتها على املاك الدولة العقارية الخاصة وفقا لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بكافة انواعها طبقا لأحكام هذا القانون



المادة ــ ٤

يقتصر الاستثمار عن طريق عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على المشروعات ذات التكلفة العالية والتي تحتاج الى تقنيات حديثة وخبرات إدارية وتشغيلية وتسويقية متميزة.

الفصل الثالث

إبرام العقد وتنفيذه

المادة ــ ٥

تقوم الإدارة باجراء المفاوضات مع مقدمي العطاءات مع كفالة الوضوح والشفافية في الشروط والاجراءات المتبعة ومنح المستثمرين فرصة عادلة للمنافسة.

المادة ــ ٦

يجوز الاستعانة بخدمات الاستشاريين العالميين أو المتخصصين بخدمات الإستشارة في المنظمات الدولية المتخصصة في عمليات التفاوض والطرح والارساء والتعاقد في حالة عدم توفر الخبرة لدى الإدارة بصدد بعض المشاريع.

المادة ــ ٧

تحدد هيئة الاستثمار المجالات التي لايجوز لغير الوطنيين تقديم عطاءات في مزايداتها و مناقصاتها.

المادة ــ ٨

يتم تحديد الشروط العقدية في العقود المبرمة بكل دقة ووضوح وبصفة خاصة مايتعلق بحق الإدارة في متابعة ورقابة مراحل تنفيذ المشروع وتجهيزه واختباره وتشغيله وتعين من ينوب عنها في القيام بتلك العمليات في الجوانب الفنية المتخصصة وما يتعلق بمدة العقد وخطابات الضمان والمبالغ او النسب



المستحصلة او عائدات التشغيل ونسبة العمالة الوطنية التي يستعان بها خلال انشاء المشروع او إدارته والتزام المستثمر بالمواصفات المعيارية والفنية في عملية الانشاء والقيام باعمال الصيانة الدورية وتحديد نسبة من رأس المال المستثمر لأعمال الصيانة والترميم والالتزام بتدريب العمالة الوطنية وغيرها من الشروط التعاقدية.

المادة ــ ٩

يؤخذ في تحديد مدة العقد طبيعة المشروع ومقدار رأس المال المستخدم في المشروع على الا تزيد عن ٥٠ عاما. ولايجوز النص في العقد على تجديدها تلقائيا بل يتم تجديد العقد بشروط جديدة في ضوء المعطيات الجديدة وباجراء المزايدة لتحقيق مردود اضافي للدولة.

الفصل الرابع

حقوق والتزامات اطراف العقد

حقوق والتزامات الإدارة

المادة ــ ١٠

للادارة الحق في الرقابة على تنفيذ المستثمر لاعماله من حيث انشاء المشروع وتشغيله

المادة ــ ١١

يجوز للحكومة الاتفاق على شراء كل أو نسبة من السلع والخدمات التي تنتجها تلك المشروعات بشروط تفضيلية

المادة ــ ١٢

تنتقل ملكية اصول المشروع وحيازته بالكامل الى الإدارة خالية من أية رهون او



التزامات عند نهاية مدة العقد سواء تضمن العقد بنود صريحة بهذا الخصوص ام لا. ولابد من أن تكون أصول المشروع عند إنتقال ملكيتها للإدارة في حالة جيدة وصالحة للتشغيل.

المادة ـــ ١٣

في حالة استملاك المشروع من قبل الحكومة عليها تعويض مناسب وعادل للمستثمر

حقوق والتزامات المستثمر

المادة ـــ ١٤

على المستثمر اعداد دورات تدريبية للعمال الوطنيين وتدريب الذين يقومون بتشغيل المشروع بعد تسليمه الى الحكومة

المادة ـــ ١٥

يجوز ان يتضمن العقد الزام المستثمر بتوفير قطع غيار لتغطية تشغيل المشروع بعد الاستلام لمدة مناسبة

المادة ـــ ١٦

اجور الخدمات او مقابل الاشياء التي تشتريها الحكومة من المستثمر تحدد بقرار صادر من الوزارة المختصة ومصادقة مجلس الوزراء.

المادة ـــ ١٧

يتمتع المستثمر بجميع المزايا والضمانات المقررة في قوانين الاستثمار النافذة

الفصل الرابع

حل المنازعات

المادة ـــ ١٨



يخضع العقد من حيث ابرامه وتنفيذه لاحكام القانون الخاص

المادة ــ ١٩

جميع المنازعات المتعلقة بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تحل بالطرق الودية من خلال التفاوض والتحكيم بموجب الشروط المحددة في العقد. وفي حالة عدم النص في العقد على آلية لحل النزع بالتشاور طبقت عليها احكام التحكيم الواردة في القانون الوطني أو اجهزة التحكيم الاخرى.

الفصل السادس

الأحكام الختامية

المادة ــ ٢٠

يصدر وزير التجارة التعليمات الخاصة بتنفيذ هذا القانون

المادة ــ ٢١

على مجلس الوزراء تنفيذ هذا القانون



قائمة المصادر

أولا:- المصادر العربية

١ - الياس ناصيف: عقد ال BOT سلسلة ابحاث قانونية مقارنة، ٦، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ٢٠٠٦

٢ - انطوان الناشف: الخصخصة (التخصيص) مفهوم جديد لفكرة الدولة في ادارة المرافق العامة، ملف تحليلي ــ توثيقي شامل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٠

٣ - بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٦

٤ - ثروت بدوي: النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩

٥ - روليت العبود: نظام البناء والتشغيل والنقل لتشييد مشروعات البنية التحتية Build, Operate, Transfer, BOT ص ٢ متاح على العنوان الالكتروني: *www.drzidan.com/e/BOT.pdf*

٦ - صلاح الدين جمال الدين: عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في اطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٧ - عبد العزيز عبد المنعم: الأسس العامة للعقود الإدارية ،الآبرام –التنفيذ– المنازعات في ضوء آحدث احكام مجلس الدولة ووفقاً



	خليفة	لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشآة المعارف جلال حزى وشركاه، الاسكندرية ،٢٠٠٤
٨	عبد العزيز عبد المنعم خليفة	التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الاسكندرية الطبعة الأولى ٢٠٠٦
٩	عمر رحيم وطارق المسفر	ماذا يعني ال BOT؟ وما هو موقعه من النظام الاقتصادي الجديد؟ هل سحبت ال BOT البساط الاقتصادي من تحت اقدام الحكومات. متاح على العنوان الالكتروني:*mosgcc.com/topics/view*
١٠	عمر محمد هاشم صدقة	ضمانات الأستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، الأسكندرية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨
١١	مازن ليلو راضي	التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت B.O.T مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين المجلد ٨ العدد ١٣ حزيران ٢٠٠٥
١٢	مدحت محمد مبارك	نحو عقد نموذجي لعقود نظم البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، متاح على العنوان الالكتروني http://bot.com.kw/news_detail.php?nNewsId=304
١٣	محمد عبدالمجيد	عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣



ـــ اسماعيل

١ محمود العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان

٤ خلف ١٩٩٨

ـــ الجبوري

١ محمود سياسة التخاصية، دراسة قانونية اقتصادية تطبيقية

٥ مصطفى لخصخصة المشروعات في الاردن ومصر، دار الثقافة

ـــ الزعارير للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٤

١ هاشم الاشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق

٦ عوض عبد اتفاقيات البوت كآلية للخصخصة في الدول

ـــ المجيد العربية،. متاح على العنوان الالكتروني:
publications.ksu.edu.sa/Conferences/Privetization%20Conference/02.doc

ثانيا:- المصادر الأجنبية

17- Cahit Özkan, İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim. available on internet at: www.cahitozkan.av.tr/dosyalar/Ticari%20Tahkim%20makale.doc

18- Erol Irem, Yüksek Denetleme Kurulu. Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli; Yasal Çatısı, Uygulaması, available on internet at: www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm - 67k



19	Michael Samir Azer, Yasmin Mamdouh Abou Samra, Mohamed A. Abubakr, Jenna Brummett, Robert G. Rayburn,	Build-Operate-Transfer (BOT) As A Delivery Method for Construction Projects in Egypt and the United States of America November 10, 2006 available on internet at cmarc.colostate.edu/ep06/Project%20documents/BOT.doc
20-	Sameer Al-Mubarak	Build, Operate and Transfer (BOT)Project Delivery System in Saudi, Arabia December 2003 available on internet at faculty.kfupm.edu.sa/CEM/assaf/Students_Reports/Build,-Operate-and-Transfer_2.pdf
21-	Tahir Özcan	Yap İşlet Devret Modelleri ve Vergisel Problemleri available on internet at: www.kobiline.com/docs/AATax/article/yid_vrg_prob.doc
22-	Veysi Seviğ	Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim. available on internet at: turmob.org.tr/turmob/basin/01-09.htm
23-	Xiaoliang Jiang, Translator: Ting Fei,	Settlement of BOT Investment Contract Disputes in China, available on internet at: www.colaw.cn/library/BOT.doc

ثالثا: القوانين

٢٤- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٢٥- قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦

٢٦- قانون الاستثمار في اقليم كوردستان العراق رقم ٤ لسنة ٢٠٠٦

٢٧- دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنى التحتية الممولة من القطاع الخاص، اعداد لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك ٢٠٠١



٢٨- مقترح بقانون في شأن تنفيذ القطاع الخاص لمشروعات البنية الأساسية والمشروعات التنموية الاستراتيجية طبقا لنظام (البناء- التشغيل ــ وتحويل الملكية) ومشتقاته. مقدمة من بعض اعضاء مجلس الأمة الكويتي الى السيد رئيس المجلس.

29- Cambodian Anukret on Build-Operate-Transfer (BOT) Contract

30- Chinese Provisional Regulations on Foreign Investment Build-Operate-Transfer Projects

31- The Philippine BOT Law, Repulic Act No. 7718

32- Türk Bazı Yatırım ve Hizmetleri Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaprtırılması Hakkında Kanun. No 3996 Tarih 8/6/1994